

Peligrosidad criminal y Constitución

Paloma Requejo Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

Abstract

Análisis de los problemas constitucionales que puede generar la acumulación sucesiva de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, ya conocida en Alemania y Francia, para impedir la reincidencia en delitos graves.

Constitutional analysis of the challenges created by the successive and cumulative number of freedom restricting sentences and security measures imposed, already known in Germany and France, meant to avoid recidivism in serious offenders.

Title: Criminal Dangerousness and Constitutional Law

Palabras clave: Peligrosidad criminal; medidas de seguridad; detención de seguridad

Keywords: Criminal dangerousness; security measures; security detention

Sumario

1. Introducción
2. La detención de seguridad en Alemania
3. La retención de seguridad en Francia
4. Las medidas de seguridad privativas de libertad en España
5. Algunos cambios ¿son posibles?
6. Bibliografía
7. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción

Aunque en los últimos tiempos parece que la clásica tensión libertad-seguridad está más de actualidad que nunca ante las respuestas que los Estados y la comunidad internacional han articulado frente a las amenazas terroristas, lo cierto es que ya desde hace algunos años la preocupación por la seguridad con el inevitable riesgo para las libertades ha sido una constante, primero en Estados Unidos y luego, desde diferente, en Europa¹, en otros ámbitos que también crean gran alarma social, como son el de los delitos violentos, el de los delitos sexuales y el de la reincidencia.

En palabras del Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia a la que luego aludiremos, “todo orden social necesita protegerse contra los criminales peligrosos”; la pregunta es hasta qué punto y a qué precio. Este debate, siempre presente en la sociedad y tantas veces aparcado con el pretexto de la inoportunidad de realizar cualquier reflexión o modificación normativa estando reciente algún suceso dramático que lo haya colocado en primer plano, ha de afrontarse, en vez de esperar a que se diluya hasta el próximo acontecimiento trágico que le devuelva a la actualidad, para intentar encontrar soluciones que permitan compatibilizar la legítima aspiración de seguridad con las garantías constitucionales de las que debemos disfrutar todos, incluidos los infractores del ordenamiento.

La salvaguarda de estas últimas, especialmente las vinculadas al principio de legalidad, no es fácil, porque el punto de partida es una categoría, la peligrosidad criminal, que se basa en un pronóstico incierto por definición sobre la probabilidad de que un sujeto vuelva a cometer un delito, teniendo el ya perpetrado un valor meramente indiciario.

En España cuando el sujeto que comete un delito es inimputable el ordenamiento recurre a las medidas de seguridad y en último término a la incapacitación civil y consiguiente internamiento; en supuestos de semiimputabilidad se acumulan medida y pena de forma compensada y si el sujeto es imputable la única respuesta es la pena, que, ligada a la culpabilidad, no asegura, como tampoco lo hace en el caso anterior, el final de la peligrosidad una vez cumplida la condena.

Ante este riesgo, algunos países de nuestro entorno, con mayor o menor fortuna, han introducido fórmulas que pretenden actuar de correctivo a la situación descrita, justificándolas no únicamente desde el prisma de la seguridad, según sería de esperar, sino resaltando en ellas su finalidad no punitiva de prevención especial, por mucho que haya privación de libertad, y de complemento a unas penas más preocupadas en la retribución que en una reinserción a la que ahora se apela

¹ Entre nosotros, SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 699 y ss., describe esta corriente que tuvo su origen en Estados Unidos, donde, según cuenta, desde los años noventa se implantó contra delincuentes sexuales violentos con pronóstico de reincidencia la acumulación de pena y medida de seguridad temporalmente indeterminada, así como otras medidas de vigilancia posteriores al cumplimiento de la pena, registros públicos de delincuentes y notificación de sus datos a la comunidad afectada. En Europa, no llegando a esos extremos, se sigue una línea similar, sin renunciar, aunque sea *pro forma*, al fin último de la resocialización.

quizás como coartada, dado el escepticismo que por otra parte parece rodear su consecución. El conocimiento y análisis de medidas de esta índole, además de servir de sugerencia a posibles reformas, contribuye a enriquecer el necesario debate, revelando los problemas que pueden plantear en relación con garantías constitucionales en muchos casos similares a las nuestras y el modo en que los distintos Tribunales Constitucionales han intentado superarlos.

2. La detención de seguridad en Alemania

El [Código penal alemán](#) retoma ya desde 1953 en sus arts. 66 y 67 una figura denominada detención de seguridad, de sobra conocida en ese ordenamiento y en otros vecinos –Austria, Suiza–, que fue objeto de posteriores modificaciones en 1969, endureciendo sus elementos formales y materiales, y en 1975, limitando su duración a diez años cuando fuera ordenada por vez primera. [La ley relativa a la lucha contra las agresiones sexuales y otras infracciones peligrosas, de 26 de enero de 1998](#), suprime el citado tope temporal y viene a simplificar los requisitos formales de la detención de seguridad, permitiendo a los Tribunales proceder en supuestos graves a la detención después de la primera reincidencia e incluso en determinadas condiciones a falta de condena o privación de libertad anteriores.

Los sujetos a los que se aplica, además de la pena, la detención de seguridad son los condenados por infracciones intencionales a dos años al menos de privación de libertad, si ya han sido condenados dos veces a penas privativas de libertad no inferiores a un año por infracciones intencionales cometidas antes de la nueva infracción; si han cumplido por lo menos dos años de pena privativa de libertad por una o varias infracciones cometidas con anterioridad a la nueva o han estado bajo una medida de seguridad y educación; y si se deriva de una apreciación general de sus personas y de sus actos que son peligrosos para la comunidad en razón de una inclinación a cometer infracciones de importancia, especialmente infracciones causantes de un grave perjuicio físico o psíquico a las víctimas o que entrañen un grave perjuicio económico. Del mismo modo si una persona ha cometido tres infracciones intencionales por las que incurre en una pena privativa de libertad de al menos un año y es condenada por una o varias de ellas a pena privativa de libertad de no menos de tres años, el Tribunal puede ordenar la detención de seguridad junto a la pena, siempre que concurra la mencionada apreciación general del delincuente y de sus actos y sin que haya condena o pena privativa de libertad anteriores. También en el caso de que una persona sea condenada a pena privativa de libertad de dos años como poco por un delito o infracción de los arts. 174 a 174 c, 176, 179.1 a 3, 180, 182, 224, 225.1 y 2 y 323 a, el Tribunal puede establecer, en la medida en que la infracción cometida en estado de embriaguez sea un delito o uno de los ilícitos precitados, la detención de seguridad además de la pena, si el delincuente ya ha sido condenado a una pena privativa de libertad de al menos tres años por una o varias de estas infracciones realizadas con anterioridad y se cumplen las condiciones antedichas. Si hubiera cometido dos infracciones de las enumeradas, incurriendo en una pena privativa de libertad no inferior a dos años, siendo condenado por una o varias de ellas a una pena de al menos tres años, el Tribunal bajo las mismas condiciones puede acordar igualmente la detención de seguridad sin condena o pena privativa de libertad anterior.

La mayor novedad respecto de la detención de seguridad fue, como comentamos, la supresión del plazo temporal de diez años al que se encontraba sometida. El legislador continúa previendo que tras diez años de internamiento en detención de seguridad el Tribunal, sin perjuicio de que pueda fijar instrumentos de control, ayuda y educación, debe declarar por regla general la medida sin objeto, pero sólo, y esa es la diferencia, si no existe peligro de que la persona internada cometa en razón de sus inclinaciones infracciones serias causantes de graves daños psíquicos y físicos a las víctimas. La supresión de la duración máxima señalada se aplica, de ahí el problema, también a delincuentes que han cometido una infracción y han sido condenados antes de la entrada en vigor de la reforma. Ello dio pie a que uno de los afectados por esta situación recurriera ante el Tribunal Constitucional, dándole ocasión, en la Sentencia [BverfG 109,133](#), 5.2.2004, de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la detención de seguridad y de su duración ahora potencialmente ilimitada.

La detención, en los términos señalados, no vulnera, a juicio del Tribunal, la dignidad humana que el Art. 1.1 de la [Ley Fundamental](#) (en adelante, GG) reconoce y que “prohíbe reducir al hombre a un simple objeto de la acción del Estado o hacerle sufrir un tratamiento que ponga por principio en cuestión su cualidad de sujeto de derecho”, independientemente de su estado físico o mental o de su comportamiento. En el ámbito penal el respeto a la dignidad supone descartar toda pena cruel, inhumana o degradante, lo que obliga a mantener, incluso en casos de condena a perpetuidad, “al menos la expectativa de recuperar un día la libertad” y a ofrecer al detenido durante su estancia en un centro penitenciario un trato que evite “en lo posible los efectos nocivos de la privación de libertad”. Estos criterios han de extenderse, según el Tribunal, al internamiento por detención de seguridad, pues, si bien “la dignidad humana no se viola, incluido el internamiento de larga duración, si este último es necesario por la peligrosidad subsistente del detenido” de cara a la protección de la comunidad, no es menos cierto que la detención de seguridad debe, como la ejecución de la pena, “perseguir el fin de crear las condiciones para que la persona concernida pueda llevar una vida responsable en libertad”, es decir, debe perseguir el fin de una reinserción social del detenido y ofrecerle una expectativa real de recobrar su libertad, por difícil que pueda resultar en ciertos casos en atención a las inclinaciones criminales de los afectados. Es más, el Tribunal, ejemplificando, considera que no resultará excesiva la detención de seguridad por varios decenios de “un delincuente compulsivo incorregible que rechace las ofertas de tratamiento y que sea peligroso hasta el fin de sus días”, porque, según afirma, “el hecho de que el fin de la reinserción no juegue no se debe a la detención sino a su comportamiento que excluye toda perspectiva de reinserción”. Sin embargo elude la valoración que merecería en términos constitucionales una situación más problemática desde sus planteamientos, aquélla en la que el delincuente incorregible se somete al tratamiento propuesto sin que éste logre su objetivo; a tenor de lo dicho da la impresión de que, a su juicio, también aquí estaría igualmente justificada la detención, al haberse intentado, al menos, la resocialización. El régimen actual de la detención de seguridad parece ajustarse a los parámetros marcados por el Tribunal, ya que, al igual que establece instrumentos dirigidos a “atenuar los efectos negativos de la privación de libertad y a ayudar a reintegrarse a la vida en libertad”, se fijan controles periódicos en distintas fases de la ejecución de la medida, que pueden conducir a la puesta en libertad del detenido, sin olvidar la regla general de pérdida de objeto de la

detención trascurridos diez años y la excepcionalidad de una prórroga vinculada a la existencia de peligro. En definitiva, la dignidad humana, tal cual es interpretada por el Tribunal, no obliga más que a lo dicho, sin que imponga la necesidad de fijar un tope máximo de duración de la detención de seguridad en el momento de su adopción o de un control posterior, en tanto, según se afirma, “el pronóstico relativo a la peligrosidad de la persona concernida no es posible más que en el presente y para el futuro... Saber cuanto tiempo esta peligrosidad perdurará depende de una evolución futura que no puede predecirse con certitud”.

Tampoco la falta de concreción de la duración de la detención se considera contraria a los arts. 2.2 y 19.2 GG, esto es, tampoco restringe el derecho fundamental a la libertad personal, vulnerando su contenido esencial. De manera genérica, entiende el alto Tribunal, “las lesiones a este derecho no son lícitas más que si la protección de terceros o de la sociedad lo exige de acuerdo con el principio de proporcionalidad”. Sin embargo el Constitucional reconoce el gran margen de apreciación del que dispone el legislador a la hora de decidir qué medidas de política criminal va a adoptar, correspondiéndole a él tan sólo corregir decisiones manifiestamente erróneas. En el supuesto que nos ocupa la proporcionalidad se salva atendiendo a las garantías materiales y procedimentales con las que el legislador rodea la medida de seguridad. En el ámbito material, tras recordar que cuanto más se prolongue el internamiento más estrictas deben ser las condiciones para que la privación de libertad sea considerada como una respuesta proporcionada, se constata que así es en este caso concreto, puesto que, según se indicó, la pérdida de objeto de la detención es la regla general pasados diez años, mientras que la prórroga tan sólo se contempla excepcionalmente, como último recurso, siempre que haya un pronóstico negativo de peligrosidad respecto de “delincuentes sexuales y autores de actos de violencia que amenacen atentar contra derechos de terceros”, “debido a la inclinación a cometer infracciones futuras que causen un grave perjuicio a las víctimas”. En el ámbito procedimental, el juez comprueba regularmente la necesidad de prolongar la medida -iniciado el internamiento, como mucho, cada dos años de oficio, sin perjuicio de que el detenido pueda solicitar la suspensión, y, de haber prórroga, debe acordar dos años antes de la salida si sigue la ejecución- con base en un pronóstico de peligrosidad fundado, además de en su propia apreciación, en un informe motivado -biografía, hechos, delito que da lugar a la medida, personalidad del delincuente y su evolución, medio social, método de examen, hipótesis de comportamiento previsible- y actual de un experto con experiencia en este ámbito y preferentemente sin vinculación con el establecimiento penitenciario, que haya podido examinar con tiempo al afectado; y todo ello en el marco de un procedimiento en el que se da audiencia al detenido, que cuenta con asistencia letrada, y al experto, que puede ser sometido a las preguntas de éstos.

Pero el núcleo central del problema planteado reside en determinar la naturaleza de la medida de detención de seguridad. Tras destacar que en los Códigos penales alemanes siempre ha estado presente un sistema dualista de sanciones, en el que “la pena se orienta a la culpabilidad, pero debe ser completada con medidas suplementarias que permitan satisfacer suficientemente las exigencias de prevención”, el Tribunal Constitucional reconoce que, si bien “la privación de libertad de una persona en detención de seguridad no es una pena por una violación pasada de derecho, sino una medida destinada a prevenir infracciones futuras [que] es posible predecir después del examen que se producirán, por regla general, con seguridad”, al consistir ambas en

una privación de libertad y ejecutarse la medida tras la pena, “la finalidad de la educación perseguida por la medida de seguridad se borra ante la finalidad de asegurar la seguridad pública” y “razones pertinentes permiten justificar que haya una cierta sintonía entre el régimen de ejecución de penas y el de la detención de seguridad”. Sin embargo, la administración de los Länder debe asegurar mejoras en las condiciones de ejecución de la detención, conciliables con las exigencias de los establecimientos de internamiento, para mostrar que la medida tiene un carácter preventivo especial, de tal modo que cuanto más largo sea el internamiento se impone introducir “más ventajas suplementarias para garantizar una calidad de vida al detenido que no tiene ninguna expectativa de recobrar la libertad”.

La diferencia entre penas y medidas, capital en la argumentación del Tribunal, se termina de subrayar con toda claridad, cuando entra a valorar si la medida atenta contra el principio de irretroactividad de la norma punitiva desfavorable del art. 103.2 GG (“un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad está establecida por ley anterior a su comisión”), que se deriva del principio de responsabilidad por faltas personales, jurisprudencialmente vinculado a la dignidad de la persona, y obliga a que la pena sea previsible para el destinatario de la norma, ya que sólo conociendo las consecuencias jurídicas de sus actos podrá ser un sujeto de derecho responsable. Según el Tribunal el ámbito de aplicación del principio “se limita a acciones estatales que constituyen una reacción de reprobación de parte del poder público ante comportamientos contrarios al derecho y culpables y que en razón de ese comportamiento infligen una sanción en tanto que justa retribución de la falta”. Las medidas de seguridad y educación no están sujetas al mencionado principio, porque, aunque “reaccionan contra un comportamiento contrario a derecho” y se vinculan “a una infracción que se encuentra en su origen”, no son expresión de justicia represiva sino preventiva. En efecto, de una parte, la detención de seguridad se ordena al mismo tiempo y con ocasión de la misma infracción que dio lugar a la pena, pero, si bien a ésta tan sólo le hace falta la comisión de ese acto previo contrario al derecho y culpable, tal acción es para la medida “una condición necesaria pero no suficiente, pues junto a las condiciones ligadas al pasado necesita de otras ligadas al futuro como es la peligrosidad del delincuente de la que la infracción tan sólo es una manifestación”. De otra, el Tribunal resalta que si el objetivo principal de la pena es retributivo, sin descartar que pueda acompañarse de otros como la prevención general o la reinserción social, las medidas de seguridad y educación desarrollan funciones que la pena no puede cumplir suficientemente; “sirven sobre todo a la prevención de un caso individual” y a la protección de la sociedad, materializándose en instrumentos de ayuda o de cuidado médico, pero también de internamiento, ya que “no es la falta, sino la peligrosidad que el delincuente manifiesta, lo que es determinante para concretar las modalidades y duración de la medida de seguridad”.

Tampoco fructifica la alegada vulneración de la confianza legítima (arts. 2.2 y 20.3 GG), que en principio asegura al ciudadano que en cualquier ámbito pueda “prever de manera general las intervenciones estatales susceptibles de ser ejercidas y de adaptar su comportamiento en consecuencia”, exigiendo al legislador una justificación particular cuando “modifica retroactivamente los efectos jurídicos de un comportamiento pasado y le impone una nueva carga”. El que se contemple, como ocurre en el caso, nuevos efectos jurídicos a un conjunto de hechos aún sin acabar, y no tanto la retroactividad de consecuencias jurídicas, es considerado por

el Tribunal como una falsa retroacción, respecto de la que el mencionado principio no juega en toda su intensidad para permitir que el legislador pueda adaptar el ordenamiento reaccionando a la evolución de determinadas circunstancias en aras del interés general. La eliminación del plazo temporal máximo de la detención de seguridad y “su aplicación a detenciones ordenadas antes de la promulgación de la ley es un efecto jurídico vinculado a hechos” que también tuvieron lugar con anterioridad a ella, pero no cambia ni las consecuencias jurídicas que se derivan de los mismos, ni tampoco los propios hechos; unos hechos aún sin concluir, en la medida en que el pronóstico necesario para aplicar la nueva consecuencia jurídica, prolongar la detención más allá de los diez años, se realiza en atención a la situación en la que se encuentra el detenido en ese momento y no cuando realizó la infracción inicial, ni cuando se le condenó, ni cuando entró en vigor la ley. “El Estado tiene la misión de proteger los derechos fundamentales de víctimas potenciales contra atentados de delincuentes potenciales. Esta obligación es más intensa cuanto el peligro deviene más concreto e individualizado sobre ámbitos elementales de la vida” y la decisión sobre el cómo hacerlo y bajo qué condiciones, a juicio del Tribunal, entra dentro del margen de apreciación del legislador, sin que se haya constatado extralimitación por su parte, al “entender que la aplicación retroactiva es apropiada y necesaria para proteger la vida, salud y autonomía sexual de los ciudadanos”.

Por último señalar que tampoco logran prosperar otros motivos impugnatorios, como la determinación insuficientemente precisa de los delitos y penas y la lesión de la garantía del juez legal, ya que una vez más se descarta que las medidas de seguridad entren en su ámbito de aplicación por las razones ya apuntadas de carencia de naturaleza represiva-retributiva².

3. La retención de seguridad en Francia

Tras distintos casos de reincidencia en delitos sexuales con gran repercusión pública, en febrero de 2008 la Asamblea Nacional y el Senado francés aprueban un proyecto de ley de modificación del [Código de procedimiento penal](#) (en adelante, CPP), que incluye novedades en los procedimientos y en las sentencias de irresponsabilidad penal a causa de trastorno mental y, en lo que aquí interesa, introduce a título excepcional dos medidas conocidas como retención y vigilancia de seguridad.

La primera de ellas supone que los condenados a una pena de reclusión de quince años o más por asesinato, homicidio, tortura o actos de barbarie, violación, rapto o secuestro de un mayor de edad con agravantes o de un menor de edad, aquí sin necesidad de agravante alguno, serán sometidos, siempre que la sentencia de la *Cour d'assises* expresamente lo prevea, a un reexamen

² Sobre esta reforma de 1998 y la detención de seguridad véase entre muchos, DÜX, 2006, p. 82 y ss.; POSEK, 2004, p. 2559 y ss.; LAUBENTHAL, 2004, p. 703 y ss.; KINZIG, 2004, p. 911 y ss.; PIEROTH, 2003, p. 27 y ss.; LANDAU, 2002, p. 324 y ss.; EISEMBERG, SCHLÜTER, 2001, p. 188 y ss.; KINZIG, 1999, p. 281 y ss.; NEDOPIL, 1998, p. 44 y ss.; BOETTICHER, 1998, p. 354 y ss. En un sentido más amplio, FRISCH, 2007, donde se puede encontrar una bibliografía básica sobre las medidas en el derecho alemán.

de su situación al menos un año antes del término de la ejecución de su pena. Si se constatará su peligrosidad, al presentar una probabilidad muy elevada de reincidir porque sufran un trastorno grave de personalidad, y no existiera otro mecanismo preventivo suficiente, podrán ser objeto, cuando acabe dicha pena, de una retención en un centro socio-médico-judicial de seguridad, en el que se les ofrecerá de modo permanente una asistencia médica, social y psicológica dirigida a que puedan recobrar la libertad; las condiciones y modalidades de la retención deberán ser precisadas por un Decreto del Consejo de Estado, sin que puedan operar más restricciones en los derechos de los afectados que las necesarias para las exigencias del orden público. Una Comisión pluridisciplinar de medidas de seguridad evaluará la peligrosidad sobre la base de un examen pericial médico realizado por dos expertos que han de observar al condenado durante su emplazamiento en un servicio especializado por un tiempo no inferior a seis semanas. Si no hay otro medio de prevenir la alta probabilidad de reincidencia, la Comisión propondrá a la Jurisdicción regional de la retención de seguridad territorialmente competente, integrada por un Presidente de Sala y dos Magistrados del Tribunal de apelación y asistida por el Fiscal general, la adopción motivada de la medida tras un debate contradictorio y público de solicitarlo el condenado, que cuenta con asistencia letrada y con la posibilidad de pedir un contra informe pericial. La decisión, inmediatamente ejecutiva al final de la pena, puede ser recurrida ante la Jurisdicción nacional de la retención de seguridad, compuesta por tres Magistrados del Tribunal de casación designados por su Presidente, que resolverán de nuevo motivadamente, siendo susceptible su respuesta de recurso de casación. La decisión de retención de seguridad es válida por un año, sin perjuicio de que previo informe favorable de la señalada Comisión pluridisciplinar pueda ser renovada por la misma duración, siempre que se mantengan las condiciones exigidas en origen. La Jurisdicción regional de la retención de seguridad puede ponerle fin de oficio tan pronto no se cumplan tales condiciones y a instancia del interesado, que, pasados tres meses desde la adopción de la decisión definitiva de retención, tiene la opción de solicitarlo, sabiendo que de ser rechazada, y al margen de los oportunos recursos, no podrá volver a intentarlo antes de tres meses. Si se pone fin o no se prolonga la retención de seguridad y perdura el riesgo de cometer infracciones, la Jurisdicción regional de la retención de seguridad, tras debate contradictorio y con todas las garantías de defensa, puede someter al condenado a vigilancia de seguridad por un año, renovable por el mismo plazo; en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas, la Jurisdicción regional puede ordenar de urgencia el emplazamiento provisional de la persona peligrosa por las causas ya apuntadas en un centro socio-médico-judicial de seguridad, que deberá confirmar como mucho en tres meses tras informe favorable de la Comisión pluridisciplinar a salvo del posible recurso. Por último también se contempla, como una especie de cláusula de cierre, que el Juez de aplicación de las penas valore la procedencia de una localización bajo vigilancia judicial, cuando, estando próximo el final de una condena por los delitos señalados, a la Comisión le parezca peligroso el condenado a pesar de que no cumple las condiciones para poder ser sometido a una retención de seguridad.

La vigilancia de seguridad, otro de los instrumentos previstos, consiste en prolongar tras una vigilancia judicial o un seguimiento socio-judicial todas o parte de las obligaciones a las que la persona estaba sometida, sobre todo la vigilancia electrónica móvil, siempre que tras una pericia médica se constate la persistencia de la peligrosidad y la necesidad de la medida para prevenir la

comisión de un delito por resultar insuficientes otras alternativas como la inscripción en los ficheros judiciales nacionales automatizados de autores de infracciones sexuales o violentas. No obstante recordemos que la vigilancia también puede imponerse cuando termina o no se renueva la retención de seguridad de personas que presentan riesgo de cometer las mencionadas infracciones. Su duración es de un año con renovación ilimitada de persistir las condiciones que inicialmente permitieron su adopción.

En cuanto a la aplicación de las medidas se establece que quienes a uno de septiembre de 2008 estén cumpliendo una pena de reclusión de quince años o más por varias condenas, trayendo la última causa de alguno de los crímenes citados, o por una única condena, por varios crímenes cometidos sobre víctimas diferentes, pueden ser sometidos, en el marco de una vigilancia judicial, de un seguimiento socio-judicial o de una vigilancia de seguridad, a una obligada asignación en domicilio con régimen de localización bajo vigilancia electrónica móvil. Excepcionalmente, si esta obligación resulta insuficiente para prevenir una probabilidad elevada de reincidencia a causa de un grave trastorno de personalidad, pueden ser objeto de una retención de seguridad conforme a un procedimiento que intenta suplir la imposibilidad de que la *Cour d'assises* haya advertido al condenado del reexamen de su situación finalizada la ejecución de la pena. Del mismo modo las medidas de retención también serán aplicables a personas condenadas después de la publicación de la ley por hechos cometidos con anterioridad a la misma. Por su parte la medida de vigilancia de seguridad estará inmediatamente operativa una vez publicada la ley.

La aprobación de este proyecto de ley desató una gran polémica, en tanto fue visto por muchos como un “cambio radical”, una “revolución jurídica” del derecho francés. Ello hizo que sesenta diputados y el mismo número de senadores recurrieran el proyecto ante el Consejo Constitucional, que se pronunció en su [Decisión nº 2008-562 DC](#), 21.2.2008 (JO 26.2.2008 p.3272), sobre su constitucionalidad. El argumento principal de los recurrentes respecto de la medida analizada es la naturaleza de sanción punitiva de la retención de seguridad adoptada por la Jurisdicción, vista como un complemento de la pena que pretende prolongar la privación de libertad tras la ejecución de la condena inicialmente impuesta por la comisión de crímenes muy graves. Por este motivo, a su juicio, vulnera el art. 8 de la [Declaración de derechos del hombre y del ciudadano](#) (en adelante, DDHC) que consagra el principio de legalidad (“la ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”), pues ni la infracción está claramente determinada, ni la sanción está limitada en el tiempo, ni tampoco es necesaria al existir otras alternativas; el art. 9 de la misma Declaración o, lo que es lo mismo, la presunción de inocencia (“toda persona se presume inocente mientras no haya sido declarada culpable y, si se juzga indispensable su detención, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”); así como también los principios de cosa juzgada, non bis in idem y proporcionalidad; el mismo art. 66 de la [Constitución francesa](#) (“nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley”) y el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables. Pero incluso en el caso de que se negara carácter punitivo a la medida, los recurrentes estiman subsidiariamente que habría

una lesión del art. 4 (“la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”) y del ya mencionado art. 9 de la [Declaración de 1789](#), al entender que respectivamente prohíben un “rigor no necesario en materia de restricciones de la libertad” y el que se “prive de libertad en ausencia de culpabilidad”.

En efecto, como parecen temer los recurrentes, el Consejo Constitucional descarta que la retención de seguridad tenga una naturaleza punitiva. Las razones son varias: su adopción por la Jurisdicción regional de la retención de seguridad y no por la Jurisdicción de enjuiciamiento encargada de resolver el fondo del asunto; su vinculación a la peligrosidad y no a la culpabilidad; y, además, su finalidad preventiva y socio-médica más que represiva. De ahí que no le sea exigible el respeto a unos requisitos derivados del principio de legalidad del art. 8 [DDHC](#), que sólo juegan para las penas y sanciones de carácter punitivo, y que también se descarte la operatividad de la presunción de inocencia.

Pero lo que es indudable es que la retención es una medida privativa de libertad por un año y renovable sin límite. Como tal está sujeta a los arts. 9 [DDHC](#) y 66 de la [Constitución francesa](#) que obligan al legislador a conciliar el objetivo de prevenir atentados contra el orden público con el ejercicio de las libertades constitucionalmente garantizadas. Ello lleva al Consejo a enjuiciar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida de retención en relación al fin perseguido, pasando, en su opinión, con éxito este triple test, cuya realización íntegra no deja de ser una novedad en la jurisprudencia constitucional francesa. La medida es adecuada, dado que su ámbito de aplicación se ajusta a su finalidad, en tanto ofrece un tratamiento médico, social y psicológico permanente a sujetos con graves trastornos de la personalidad, que generan una elevada probabilidad de reincidencia y que ya han cometido crímenes de extrema gravedad y duramente castigados, rodeándolo de garantías como el reexamen de la Comisión pluridisciplinar un año antes de la liberación del condenado o el informe pericial de dos expertos tras una observación de seis semanas. La medida es necesaria, pues sólo se adopta excepcionalmente si no existe otra menos lesiva de derechos que sirva para prevenir la comisión de los delitos. Así se requiere que la *Cour d'assises* prevea expresamente esa posibilidad, que la Comisión pluridisciplinar la proponga, constatada por dos expertos la peligrosidad del condenado al final de la pena, y que la Jurisdicción regional de la retención la ordene una vez comprobada la insuficiencia preventiva de otras medidas –inscripción en ficheros judiciales automatizados de autores de infracciones sexuales o violentas o localización bajo vigilancia electrónica móvil, por ejemplo-, así como que el condenado, a pesar de haber recibido durante la ejecución de su pena medidas sociales, sanitarias o psiquiátricas personalizadas tras el oportuno seguimiento y valoración, como impone la reserva de interpretación formulada por el Consejo, no haya visto atenuada su peligrosidad por su estado o por su rechazo a seguirlas. La medida, por último, se considera proporcionada gracias a la existencia del informe favorable de la Comisión pluridisciplinar, a su adopción por la Jurisdicción regional tras un procedimiento con todas las garantías –contradicción, publicidad, asistencia letrada, acceso al recurso- y a la posibilidad de poner fin a la retención de oficio o a instancia de parte, consiguiendo el legislador con todo ello, según estima el Consejo, conciliar la libertad individual y el objetivo de prevención

de la reincidencia.

Tampoco plantea al Consejo problemas de proporcionalidad la renovación de la retención, en principio válida por un año, pues se mantienen las condiciones, requisitos y garantías exigidos en origen.

Sin embargo, en atención a la naturaleza privativa de libertad de la retención, a su duración y a su renovación ilimitada, sí se considera inconstitucional su aplicación a personas condenadas antes de la publicación de la ley que la acoge o posteriormente por hechos cometidos con anterioridad a ella. Este aspecto de la retención de seguridad será el único contrario a la Constitución por lesionar el principio de irretroactividad más de las normas restrictivas de derechos, entendemos, que de las normas sancionadoras, pues lo contrario chocaría con la comentada negativa del Consejo a reconocer a la medida tal naturaleza.

Sin entrar en detalles, por no ser objeto de este análisis, se debe subrayar que la Decisión también enjuicia la constitucionalidad de ciertos aspectos del proyecto de ley relativos a la declaración de irresponsabilidad penal por trastorno mental, admitiendo vía interpretativa que, si no se quiere vulnerar el derecho a la vida privada, la inscripción de una decisión de irresponsabilidad penal carente de carácter sancionador en el boletín nº 1 del expediente policial, accesible a las autoridades judiciales, sólo tendrá lugar, igual que la inscripción en el boletín nº 2 accesible a la Administración, en el caso de que se ordenen las medidas prohibitivas del art. 706-136 CPP y no hayan cesado sus efectos. Sin embargo el Consejo se decanta por considerar contraria a la separación de poderes y a la independencia judicial la necesaria opinión favorable de la Comisión administrativa plurisdisciplinar de medidas de seguridad para que los Tribunales puedan llegar a acordar la libertad condicional del condenado a perpetuidad, asegurando, con la eliminación del término favorable, que deje de actuar como una especie de veto a la decisión jurisdiccional.

Después de lo dicho, salta a la vista que el Consejo constitucional ha dificultado la aplicación de la ley. Dejando fuera de juego su eficacia retroactiva, ha retrasado la puesta en marcha de la retención de seguridad quince años, pues para ello hay que esperar a que cumplan esa pena los condenados con posterioridad a la publicación de la ley. Ante esta “suspensión” temporal de facto el Presidente de la República en un gesto sin precedentes ha pedido al primer Presidente del Tribunal de casación que, sin cuestionar la Decisión del Consejo, presente un informe con propuestas sobre cómo reducir el riesgo de reincidencia de los condenados antes de la entrada en vigor de la ley o después por hechos cometidos con anterioridad a ella. El informe se ha dado a conocer en junio de este año, sugiriendo más de veinte reformas, que, según se ha anunciado, se plasmarán en una ley a lo largo del 2008, con incidencia en la organización del sistema judicial y penitenciario; en el establecimiento de medidas de vigilancia de seguridad para aquéllos que se encuentren en la situación descrita y en la política de reducción de penas, negándola o acotándola a la baja a los condenados que rechacen seguir los tratamientos propuestos³.

³ Tan reciente es la reforma francesa y la Decisión del Consejo Constitucional que no es posible reseñar aún estudios en profundidad sobre las mismas más allá de las meras crónicas jurisprudenciales, cuya referencia

4. Las medidas de seguridad privativas de libertad en España

En España las medidas de seguridad se aplican a inimputables o a semiimputables que hayan cometido un delito, pero nunca como un instrumento preventivo de una posible reincidencia que pueda sumarse a la pena y ejecutarse con posterioridad a ella durante un tiempo indeterminado. Incluso en los casos de semiimputabilidad, en los que cabe conjugar pena y medida de seguridad privativa de libertad, un sistema vicarial hace que la medida se ejecute antes que la pena y que su duración sirva para compensar la de ésta (arts. 2, 6, 20 y 95 a 105 del [Código Penal](#)). En definitiva, dualismo mitigado, hasta el punto de apreciar un cierto monismo en la ejecución allí donde coinciden medidas y penas, que no admite quiebra alguna, como sí sucede en otros sistemas que excepcionalmente aceptan un dualismo acumulativo en la ejecución con cumplimiento previo de la pena en supuestos de reincidencia, a los que aquí se responde con la figura del agravante. No siempre ha sido así; en los primeros intentos de redacción del Código Penal tras la aprobación de la Constitución se barajó la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los reincidentes o delincuentes habituales, desapareciendo cualquier referencia al asunto a partir del borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990⁴.

El Tribunal Constitucional, cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las medidas de seguridad, ha mostrado en ocasiones una cierta singularidad argumentativa en comparación con la ya comentada jurisprudencia sentada por otros Tribunales extranjeros, producto de diferentes presupuestos; en sus inicios de una configuración legal de las medidas completamente opuesta a la actual y a la que hemos visto es posible encontrar en los demás sistemas, al tratarse de medidas predelictuales que pretendían actuar frente a una “peligrosidad” social más que criminal, y más tarde condicionado por una regulación de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento ya postdelictuales, pero orientadas a inimputables y semiimputables.

La [STC 16/1981](#), 1ª, 18.5.1981 (BOE nº 143 16.6.1981; MP: Ángel Latorre Segura), es la primera que considera compatible el derecho a la libertad personal del art. 17 [CE](#) con las medidas de internamiento, en tanto la ley, el Código penal, prevea los casos y las formas en las que procede su adopción, como ocurre en ese supuesto concreto respecto de la declaración de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental. Pero será la [STC 159/1985](#), 2ª, 27.11.1985 (BOE nº 301 17.12.1985; MP: Rubio Llorente), que otorga el amparo a una persona que fue objeto primero de medida de seguridad y posteriormente de condena penal por unos mismos hechos, la que, aún reconociendo las diferencias existentes, equipare pena y medida de seguridad. Así señala que, si bien el procedimiento que desembocó en la ejecución de la medida “no es ciertamente criminal”, “concluye con una decisión que priva... de libertad y del derecho a elegir libremente residencia y a circular por el territorio nacional y que sólo formalmente se distingue

aparece en la propia web del Consejo. Entre ellas MAYAUD, 2008, p. 1359 y ss.; CHALTIEL, 2008, p. 3 y ss.; PIASTRA, 2008; PASCAL, 2008, p. 714 y ss.; FELDMAN, 2008, p. 38 y ss.

⁴ Sobre la reincidencia y su tratamiento legislativo puede consultarse VAELO ESQUERDO, 2001, p. 1359 y ss., en donde se describe el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la reincidencia y su constitucionalidad, resueltos en parte por la [STC 150/1991](#), Pleno, 4.7.1991 (BOE nº 180 29.7.1991; MP: Luis López Guerra) .

de la pura y simple condena penal". Ello hubiera dado pie, de no haberse anulado el procedimiento de imposición de la medida por vulnerar la presunción de inocencia, a la aplicación del principio non bis in idem, que "impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta", en lo que tiene de "inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado" y hubiera supuesto "una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado". Se pone de manifiesto la naturaleza sancionadora que el Tribunal confiere tanto al procedimiento que pretenda la imposición de medidas de seguridad, como a ellas mismas consideradas, según se reitera a posteriori en la [STC 21/1987](#), 2ª, 19.2.1987 (BOE nº 54 4.3.1987; MP: Carlos de la Vega Benayas), pero es indudable que la afirmación se realiza sobre unas medidas de seguridad sui generis, muy distintas a las que en la actualidad acoge el Código Penal, porque se imponen en un proceso cuyo objeto y fin es "el de la prueba y sanción -medida de seguridad-, de una conducta antisocial" que debe apreciarse "sobre datos explícitos y explicitados". En efecto, la constitucionalidad de tales medidas predelictuales, es decir "medidas que no subsiguen, en su imposición, a la condena penal por razón del delito", anteriormente presentes en la derogada Ley de peligrosidad y rehabilitación social, es puesta en entredicho en la [STC 23/1986](#), 2ª, 14.2.1986 (BOE nº 55 5.3.1986; MP: Jerónimo Arozamena Sierra), y en las [SSTC 21/1987](#), 2ª, 19.2.1987 (BOE nº 54 4.3.1987), [131/1987](#), 2ª, 20.7.1987 (BOE nº 191 11.8.1987; MP: Luis López Guerra), y [107/1989](#), 1ª, 8.6.1989 (BOE nº 158 4.7.1989; MP: Jesús Leguina Villa), pues, según interpretan, a tenor del art. 25.1 [CE](#) "no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal"; "la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»". Del mismo modo el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 también estaría en cuestión, según las sentencias señaladas, en tanto al afectado "se le estaría presumiendo culpable antes de que en proceso penal por delito se dilucidara su culpabilidad", quedando "abierta la posibilidad... de que los hechos de que se partió para imponer la medida de seguridad no se estimen probados por el órgano jurisdiccional al que corresponde enjuiciar penalmente al recurrente".

Caso diferente es el que se contempla en la [STC 112/1988](#), 2ª, 8.6.1988 (BOE nº 152 25.6.1988; MP: Gloria Begué Cantón), y ya se adelantó en la [STC 16/1981](#), 1ª, 18.5.1981 (BOE nº 143 16.6.1981); ahora sí estamos ante una medida de seguridad postdelictual privativa de libertad consistente en el internamiento en un establecimiento psiquiátrico ordenado por el juez al apreciar la eximente de responsabilidad criminal de enajenación mental. Este internamiento, dispuesto en sentencia

penal, no es en principio contrario al derecho a la libertad del art. 17 [CE](#), al tener lugar en los casos y forma previstos en la ley y respetar “las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 [CE](#)).... “A este respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del [Convenio](#), ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos... a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron la decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse validamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo...; dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada”. “Resulta, por consiguiente, obligado, en aras del derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 [CE](#)... el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad. Este juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento. Pero, si bien es cierto que para la adopción de la decisión oportuna no se halla el órgano judicial automáticamente vinculado a los informes emitidos en sentido favorable a la misma, su disenso ha de ser, sin duda, motivado, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial, y deberá basarse en algún tipo de prueba objetivable”.

No obstante será la [STC 24/1993](#), Pleno, 21.1.1993 (BOE nº 47 24.2.1993; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), al desestimar la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 8.1 [Código Penal](#), en la redacción dada por la LO 8/1983, que recoge la mencionada eximente de enajenación mental, la que revise y precise el fundamento y la finalidad de las medidas de seguridad previstas para estos casos desde unos planteamientos que, a pesar del diferente supuesto de hecho, guardan mayor sintonía con la comentada doctrina de otros Tribunales. “El criterio determinante para la adopción de tales medidas es la personalidad del sujeto enajenado, su peligrosidad, y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido.... Dichas medidas no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada - sin olvidar su eventual curación-.... De ese fundamento y esa finalidad se deducen y, al mismo tiempo, explican alguna de las notas características que tienen esas medidas de seguridad en

nuestro ordenamiento.... Así, la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva". Todo ello le lleva a descartar que haya tenido lugar una vulneración tanto del principio de igualdad, en tanto es razonable tratar penalmente diferente a cuerdos y a enajenados y es proporcionado conectar las medidas que se les apliquen "no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad", como del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto cualquier medida de seguridad sólo puede ser adoptada por el órgano judicial si se acredita "debidamente en el proceso, de un lado, la existencia del hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado, y, de otro lado, y a los efectos que ahora interesan, la enajenación mental del mismo... a la vista de la índole de la enfermedad del acusado, de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y atendiendo, conforme a reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo, a la propia gravedad de los hechos... reflejo y manifestación de la peligrosidad del enajenado". El Código penal no presume que "la enfermedad y peligrosidad concurrentes al tiempo de cometer el hecho delictivo subsisten en el momento del juicio y posterior ejecución" indefinidamente; de ahí que se permita al Tribunal "sustituir el internamiento..., adoptando en cualquier momento, la medida que estime pertinente entre las legalmente previstas". Tampoco se puede decir que haya lesión alguna de los arts. 17 y 25 CE, pues no obligan a que medidas de seguridad y penas tengan unas características o una duración equivalentes y la mayor o menor proporcionalidad entre ambas compete al legislador en atención a objetivos de política criminal. Del mismo modo la desproporción no está presente "entre las medidas de seguridad -especialmente el internamiento- y la finalidad terapéutica y de aseguramiento del enajenado que aquéllas deberían perseguir". La dificultad de fijar con carácter general una correlación "entre los diversos tipos de medidas y los grados de remisión de la peligrosidad" ha llevado, según el Tribunal, lícitamente al legislador a optar por prever una pluralidad de medidas que permitan hacer frente a las distintas situaciones y dejar que el órgano judicial las pueda ir sustituyendo para adaptarlas a la evolución del estado del afectado que se somete a controles sucesivos. La medida de seguridad del internamiento, a la vista de su regulación, no consagra una privación de libertad indefinida, sino rodeada de todas las garantías constitucionales y convencionales, a las que, junto a la "justificación plena de la enajenación mediante informes médicos y que ésta revista un carácter o amplitud que aconseje el internamiento, destaca la de que el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo..., correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin", por mucho que el legislador haya preferido no prever expresamente la realización de controles periódicos, aunque sí "la eliminación de las medidas en el momento en que dejen de ser necesarias".

El ATC 83/1994, 2ª, Sec. 4ª, 14.3.1994, también puede resultar esclarecedor del régimen del internamiento como medida de seguridad. De un lado, el Tribunal no entra a pronunciarse sobre qué tipo de infracción -delito o falta- podría condicionar la adopción de la medida, pues considera que es a los Tribunales ordinarios a quienes les corresponde interpretar la normas

penales y no a él, salvo que la interpretación realizada sea manifiestamente irrazonable o de la aplicación de la norma se derive lesión de un derecho fundamental, lo que no es el caso; sin embargo, más adelante no deja de admitir que, como es la peligrosidad del sujeto y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo el factor determinante para acordar la medida, “aunque el criterio general deba ser el de considerar insuficiente la realización de un hecho antijurídico de poca importancia, es preciso reconocer que en ciertas ocasiones la comisión de un delito de escasa gravedad, e incluso de una falta... puede ser sintomático, por sí solo, de una relevante peligrosidad del autor determinante del internamiento judicial”. De otro, recuerda, en la línea de la [STC 104/1990](#), 2ª, 4.6.1990 (BOE nº 160 5.7.1990; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), que la adopción de la medida de internamiento se encuentra sujeta “a la existencia de un hecho antijurídico, a la falta de capacidad de culpabilidad del autor y a que éste represente un peligro real para la comunidad” con base en “una perturbación mental, comprobada médicamente de forma objetiva, que presente tal magnitud que justifique” el internamiento por no poder vivir libremente en sociedad. “Sólo a partir de una consideración global del hecho y del autor”, entiende el Tribunal Constitucional, “es posible afirmar la existencia de un peligro cierto para la comunidad”.

Más allá del supuesto concreto al que aluden, el enfoque que en las últimas decisiones señaladas, en especial la referida [STC 24/1993](#), Pleno, 21.1.1993 (BOE nº 47 24.2.1993), se deja ver de las medidas como mecanismos de reacción frente a la peligrosidad, y no frente a la culpabilidad, sin finalidad sancionadora, parece guardar, con todas las salvedades, mayor conexión con la línea argumental de otros Tribunales de nuestro entorno. Por eso cabe preguntarse si afirmaciones de esta índole podrían dar cobertura a otras opciones legislativas distintas a las hasta ahora exploradas⁵.

5. Algunos cambios ¿son posibles?

Identificar medidas de seguridad y penas a partir de su contenido aflictivo, como hizo en principio el Tribunal Constitucional con el propósito, según pone de relieve la doctrina, de evitar el llamado “fraude de etiquetas”, consistente en utilizar una distinción meramente terminológica para eludir las garantías que la Constitución establece en beneficio de los sujetos sometidos a punición, dificulta seriamente el que se puedan incorporar respuestas como las que se han ofrecido en otros lugares.

En efecto, el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, condicionado quizás por la particular configuración de aquéllas medidas de seguridad predelictuales, destacó la naturaleza sancionadora común de medidas y penas, negando relevancia suficiente a otros elementos

⁵ Entre la numerosa doctrina española sobre la cuestión, puede consultarse SANZ MORÁN, 2003; LEAL MEDINA, 2002, p. 49 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 699 y ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 927 y ss.; VAELO ESQUERDO, 2001, p. 1359 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 2000, p. 107 y ss.; GARCÍA ARÁN, 1997; SIERRA LÓPEZ, 1997; MUÑOZ CONDE, 1996, p. 303 y ss.; VIVES ANTON, MANZANARES SAMANIEGO, 1996; VIVES ANTON, 1986, p. 91 y ss.; TERRADILLOS, 1981.

característicos de cada una de ellas. Pero ni siquiera, a nuestro juicio, la referencia constitucional conjunta que se efectúa a penas y medidas postdelictuales en el precepto dedicado al principio de legalidad, aludiendo a la finalidad que en menor o mayor medida puede orientar a ambas⁶, las equipara en otros extremos, ni obliga a pasar por alto diferencias del tal calado, como las descritas, que podrían permitir acumularlas sin quiebra del principio non bis in idem en cualquier supuesto de peligrosidad criminal. Para ello hay dos caminos o se niega naturaleza sancionadora a las medidas de seguridad o se les reconoce esta naturaleza subrayando su sustantividad propia en relación a las penas.

Podría defenderse que no todo acto coactivo es una sanción. En palabras de Hans KELSEN⁷, el ser de la sanción “implica el estar prohibida la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta” y consiste en “irrogar coactivamente un mal o en la privación coactiva de un bien o de un derecho como reacción frente a un acto ilícito”. Sin embargo hay actos coactivos no sancionadores, que, por mucho que se impongan en contra de la voluntad del afectado, “no están ligados, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados, en cuanto no tienen como condición un acto ilícito, o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado”. Desde esta perspectiva las medidas de seguridad no podrían ser consideradas en sentido estricto sanción, porque la conducta ilícita previa es un síntoma y la futura, como es obvio, una probabilidad, pero en ninguno de los dos casos su condición, pues las medidas son resultado de otra circunstancia de hecho como es la peligrosidad. Sólo una definición más amplia de sanción que también diera cobertura a los actos coactivos que reaccionan contra “delitos aún no cometidos, pero cuya probable comisión futura se espera”, permitiría incluir a las medidas en la categoría de las normas sancionadoras, en tanto ya no se identificarían con la consecuencia de una ilicitud.

Pero, incluso aceptando su naturaleza sancionadora, rasgos que sin lugar a dudas se dan por compartidos con la pena podrían matizarse, por ejemplo, la necesaria comisión previa de un hecho ilícito, según se acaba de señalar, o la aflicción que reporta al sujeto la privación de libertad, ya que, de una parte, la realización de una conducta típica, tal cual hemos visto, actúa en la pena como condición y en las medidas como evidencia de la peligrosidad criminal que justifica su adopción y, de otra, el mal en la pena nace de un reproche al autor por el hecho cometido que en la medida no existe. Sin embargo la distinción más evidente entre pena y medidas afecta a su fundamento y finalidad.

⁶ La reinserción y la reeducación no es la única finalidad de la pena, “el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad..., pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad” -STC 150/1991, Pleno, 4.7.1991 (BOE nº 180 29.7.1991)-.

⁷ KELSEN, 1981, p. 38 y ss. y p. 123 y ss.

Aunque genéricamente el deber de protección del Estado puede servir de fundamento para penas y medidas, éstas se han justificado, más allá de la defensa social, no sólo en atención a argumentos de eficacia, sino también con base en el interés preponderante que puede aconsejar el sacrificio de la libertad personal del peligroso tanto por seguridad como en último término por su propio beneficio⁸. La finalidad primordial de la medida es la prevención especial, mientras que en relación a la pena ésta puede ser uno de sus objetivos, como también lo son el retributivo y la prevención general; la represión, en definitiva, es el elemento preponderante en la pena y la prevención en la medida. Las penas son la respuesta jurídica a la comisión culpable de un ilícito; las medidas no miran al pasado, quieren evitar delitos futuros y para ello, si no existe otra alternativa menos gravosa, privan de libertad, se entiende que con todas las garantías, a quien se pronostica que puede cometerlos con el objeto de que la recupere cuando desaparezca la peligrosidad que explica el sometimiento obligado a los correctivos que se dispongan. De nuevo la dicotomía culpabilidad-peligrosidad, que supo ver con acierto la [STC 24/1993](#), Pleno, 21.1.1993 (BOE nº 47 24.2.1993), se pone de manifiesto.

Por una u otra vía, entonces, sería posible explicar que la doble imposición, allí donde proceda, de pena y medida de seguridad para su ejecución consecutiva en lo que dure la peligrosidad no vulnera el principio non bis in idem, ya no sólo en aquellos casos en que el legislador conteste un hecho en parte con una pena y en parte con una medida, como señala el Profesor VIVES ANTÓN⁹, sino en aquellos otros en los que la pena, siendo la única respuesta al ilícito o el mecanismo que reprueba totalmente el hecho delictivo no pueda satisfacer por sí sola, dada su vinculación primordial con la culpabilidad, las exigencias de la prevención especial.

Si, como es obvio, el mencionado principio no tiene cabida cuando se niega el carácter sancionador de las medidas, aún admitiéndolo las diferencias apuntadas entre pena y medida podrían provocar la ruptura de la triple identidad necesaria para hablar de lesión del non bis in idem. La identidad de sujeto no se vería acompañada de la identidad de hechos, pues el comportamiento ilícito es a la pena lo que el estado de peligrosidad es a la medida, ni tampoco de la identidad de fundamento, al afrontar ambas figuras la defensa social desde un distinto enfoque punitivo. Pero incluso, sin cuestionar la triple identidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en la [STC 2/2003](#), Pleno, 6.1.2003 (BOE nº 43 19.2.2003; MP: M^a Emilia Casas Baamonde), podría dar pie a excluir la aplicación de un non bis in idem que, según se desprende de la misma, prohíbe más que el doble reproche aflictivo la reiteración sancionadora. Sin entrar en detalles, pues excedería con mucho el objetivo de estas páginas, sólo apuntar que esa desvinculación del principio de legalidad y la ligazón al principio de proporcionalidad, debidamente articulada fuera del caso concreto donde tuvo su origen, quizás confiriera un cierto margen de maniobra al legislador a la hora de afrontar el problema.

Desde enfoques diferentes es factible, entendemos, encontrar argumentos a favor del juego sucesivo de penas y medidas; ello no debería suponer una mengua en las garantías constitucionales que han de rodear cualquier internamiento, pues, sin entrar en la debatida

⁸ [FRISCH, 2007](#).

⁹ VIVES ANTÓN, 1986, p. 91 y ss.

cuestión de su naturaleza, sancionadora o no, estaríamos en todo caso ante una privación/restricción coactiva de un bien jurídico, la libertad personal, fundada en la peligrosidad criminal y con un fin resocializador, que no podría quedar al margen del respeto al principio de legalidad y a los demás a él conectados.

En resumen, hoy por hoy la medida de seguridad de internamiento que se impone a un inimputable no puede exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad de haber sido declarado responsable; al margen de la crítica que merece por su regusto retributivo, vincular la duración de la medida a la pena en vez de a la peligrosidad no asegura que llegado ese tope temporal ésta haya desaparecido, ofreciéndose como única solución trasladar del ámbito penal al civil el problema con la consiguiente distorsión de su naturaleza y mengua de garantías. En casos de semiimputabilidad, la legislación vigente, posiblemente por desconfiar de la función resocializadora de la pena, prevé aplicar antes la medida privativa de libertad, de nuevo limitando su extensión a la de la pena prevista por el Código para el delito, y dejar para luego la ejecución de una pena de duración compensada, que podría llegar incluso a suspenderse de poner en peligro los efectos conseguidos por la medida; todo ello difumina el fundamento y la finalidad de ambas y tampoco garantiza la desaparición de la peligrosidad al final del proceso. Las mismas deficiencias de prevención especial, en tanto no se corrijan, presenta la pena respecto de los imputables, por lo que del mismo modo no cabe descartar que mantengan la peligrosidad una vez sea ejecutada. Una manera de superar estos inconvenientes, eso sí no exenta de dificultades, según se ha visto, sería admitir la combinación propuesta de penas y medidas sucesivas, éstas últimas con una duración ligada a la permanencia de la peligrosidad. De lo contrario, si no se quiere hacer recaer totalmente en la sociedad el riesgo de futuros delitos, la única respuesta posible a la situación descrita pasaría no sólo por agravar las penas, sino también por reorientarlas hacia una prevención especial, hasta el momento insuficiente, que convertiría en excepcional la necesidad de contar con una medida posterior asegurativa y resocializadora.

6. Bibliografía

A. BOETTICHER (1998), "Der neue Umgang mit Sexualstraftätern-eine Zwischenbilanz", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, nº81, págs. 354-367.

J. CEREZO MIR (2001), "Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Edición Universidad Salamanca, págs. 927-933.

F. CHALTIEL (2008), "La réforme de la justice devant le Conseil Constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée", *Les petites affiches*, nº 58, págs. 3-9.

H. DÜX, (2006), "Sexualstraftaten und Sicherungsverwahrung: Abschied vom rechtsstaatlichen Strafverfahren?", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº 39, págs. 82-85.

U. EISENBERG, S. SCHLÜTER (2001), "Extensive Gesetzesauslegung bei Anordnung von Sicherungsverwahrung", *Neue Juristische Wochenschrift*, nº54, págs. 188 -190.

J. P. FELDMAN (2008), "Un minority report à la française? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence", *Semaine juridique*, nº16, págs. 38-41.

W. FRISCH (2007), "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", *Indret*, nº3/2007 (www.indret.com).

M. GARCÍA ARÁN (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.

H. Kelsen (1981), *Teoría pura del Derecho*, Universidad nacional autónoma de México, México.

J. KINZIG (1999), "Die Sicherungsverwahrung: ein Instrument zum Schutz von gefährlichen Straftätern?", *Kriminalität, Prävention und Kontrolle*, Heidelberg: Kriminalistik-Verl., págs. 281-294.

J. K. KINZIG (2004), "An den Grenzen des Strafrechts: die Sicherungsverwahrung nach der Urteilen des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 57, págs. 911-914.

H. LANDAU (2002), "Pro & Contra: Streit um die nachträgliche Sicherungsverwahrung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nº35, pág. 324.

K. LAUBENTHAL (2004), "Die Renaissance der Sicherungsverwahrung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 116, págs. 703-750.

J. LEAL MEDINA (2002), "Las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito: análisis histórico, concepto, naturaleza y comentario acerca de las medidas previstas en el Código Penal", *Revista de Estudios penitenciarios*, nº249, págs. 49-88.

Y. MAYAUD (2008) "La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel nº 2008-562 DC du 21 février 2008", *Dalloz*, págs. 1359-1366.

F. MUÑOZ CONDE (1996), "Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995", *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, *Cuadernos de Derecho judicial*, Escuela judicial/CGPJ, págs. 301-322 y ss.

N. NEDOPIL (1998), "Folgen der Änderung des par. 67 d II StGB für den Massregelvollzug und die Begutachtung", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, nº81, págs. 44-47.

E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (2000), "Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites" *Revista del Poder Judicial*, nº 60, págs. 107-136.

J. PASCAL (2008), "Le Président, le Conseil et la Cour, une histories de Palais de mauvais goût", *Actualité juridique droit administratif*, nº 13, págs. 714-716.

R. PIASTRA (2008), "De la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental", *Net-Iris.fr*.

B. PIEROTH (2003), "Verfassungsrechtliche Aspekte der nachträglichen Sicherungsverwahrung", *Auswirkung der Kriminalpolitik auf Gesetzgebung und Justizvollzug*, Eigenverl. Der Bundesvereinigung der Anstaltsleiter im Strafvollzug, págs. 27-41.

R. POSEK (2004), "Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung", *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 57, págs. 2559-2562.

A. J. SANZ MORÁN (2003), *Las medidas de corrección y seguridad en el derecho penal*, Lex nova, Valladolid.

M^a DEL V. SIERRA LÓPEZ (1997), *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

J. M^a SILVA SÁNCHEZ (2001), "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Edición Universidad Salamanca, págs. 699-710.

J. TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, 1981.

E. VAELLO ESQUERDO (2001), "Aspectos problemáticos de la reincidencia", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*, Vol. I., Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Edición Universidad Salamanca, págs. 1359-1374.

T. VIVES ANTÓN (1986), "Constitución y medidas de seguridad", *Poder Judicial*, nº3, 1986, págs. 91-96.

T. VIVES ANTÓN, J. L. MANZANARES SAMANIEGO (1996), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
BverfG, 1ª, 5.2.2004	109,133	
Conseil Constitutionnel, 21.2.2008	2008-562 DC	
STC, Pleno, 4.7.1991	150/1991	Luis López Guerra
STC, Pleno, 21.1.1993	24/1993	Carles Viver Pi-Sunyer
STC, Pleno, 6.1.2003	2/2003	Emilia Casas Baamonde
STC, Sala 1ª, 18.5.1981	16/1981	Ángel Latorre Segura
STC, Sala 1ª, 8.6.1989	107/1989	Jesús Leguina Villa
STC, Sala 2ª, 27.11.1985	159/1985	Francisco Rubio Llorente
STC, Sala 2ª, 14.2.1986	23/1986	Jerónimo Arozamena Sierra
STC, Sala 2ª, 19.2.1987	21/1987	Carlos de la Vega Benayas
STC, Sala 2ª, 20.7.1987	131/1987	Luis López Guerra
STC, Sala 2ª, 8.6.1988	112/1988	Gloria Begué Cantón
STC, Sala 2ª, 4.6.1990	104/1990	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
ATC, Sala 2ª, Sec. 4ª, 14.3.1994	83/1994	